Die Bedeutung des Befehls

nach Militärstrafrecht.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

Dienstag, den 19. April 1904, mittags 12 Uhr,

in der

Aula Leopoldina der Universität

gegen die Herren Opponenten

Referendare **Martin Schlesinger** und **Alfred Altmann**

öffentlich verteidigen wird

Karl Kröll,

Referendar in Breslau.

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Breslau 1904.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0108

Meinen Eltern.

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Geschichtliche Einleitung	5
§ 2.	Die militärische Gehorsamspflicht im allgemeinen	16
§ 3.	Das geltende Recht	19
§ 4.	Einwände gegen das geltende Recht und Kritik derselben	26
§ 5.	Anhang: Die militärische Gehorsamspflicht im Rechte der wichtigsten ausserdeutschen Staaten Europas	40

§ 1. Geschichtliche Einleitung.

Bei den Römern war zivil- und strafrechtlich allein der Vorgesetzte verantwortlich, wenn die Ausführung einer von einem Befehlsberechtigten erlassenen Anordnung eine Rechtsverletzung enthielt. Dies ist mit klaren Worten ausgesprochen in Dig. 9, 2, 37, pr.: Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.[1]) Da das römische Militärstrafrecht besondere Bestimmungen in dieser Richtung nicht enthielt, so dürften für die Ausführung militärischer Befehle dieselben Grundsätze gegolten haben. Man wird daher nach römischem Recht die volle Unverantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl ausgeführte Handlungen und dementsprechend eine unbedingte, absolute Gehorsamspflicht des Soldaten anzunehmen haben. Van Calker kommt in seiner Abhandlung „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht“ (1891)[2]), indem er davon ausgeht, dass die Gehorsamspflicht des römischen Soldaten keine ausgedehntere gewesen sei, als die des Sklaven und Haussohnes gegenüber dem Herrn bezw. Vater, zu dem entgegengesetzten Ergebnis, dass der Soldat dem

[1]) Vergl. Dig. 50, 17, 167, § 1: Qui iussu indicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet.

[2]) S. 63.

Vorgesetzten nur einen beschränkten Gehorsam geschuldet habe, nämlich nur solchen Befehlen gegenüber, die auf Handlungen gerichtet waren, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris (Dig. 50, 17, 157 pr.). Dies trifft aber nur für den Sklaven und Haussohn zu, der auf Befehl seines Herrn bezw. Vaters handelt. Soll der von dem Soldaten seinem Vorgesetzten, einem Staatsbeamten, geschuldete Gehorsam nach analogen bürgerlichen Verhältnissen beurteilt werden, so kann nur die Gehorsamspflicht des freien Bürgers dem magistratlichen Befehl gegenüber zum Vergleich herangezogen werden.[1])

Mit grösserer Deutlichkeit sind uns die Grundsätze des altgermanischen Rechts über die militärische Gehorsamspflicht erkennbar. So heisst es in der Lex Baiuvariorum II, 8 (Mon. Germ. Leg. tom. III p. 285 f.): Si quis hominem per iussionem regis vel duci suo, qui illam provinciam in potestatem habet, occiderit, non requiratur ei, nec feidosus sit, quia iussio de domino suo fuit, et non potuit contradicere iussionem; sed dux defendat eum et filios eius pro eo: et si dux ille mortuus fuerit, alius dux, qui in loco eius accedit, defendat eum. Fast mit gleichem Wortlaute bestimmt in der Kapitulariensammlung des Benedictus Levita libell. V. cap. 367 De eo, qui regis vel ducis iussu aliquem occiderit (Mon. Germ. Leg. t. II, pars altera p. 68): Si quis iussione regis vel ducis illius, qui ipsam provinciam regit, hominem occiderit, non requiratur ei, nec propterea feidosus sit, quia lex et iussio dominica occidit eum et ipse non potuit contradicere usw. Der Untergebene erscheint hier lediglich als Werkzeug in der Hand des Befehlenden,[2]) er macht sich durch die Ausführung des Befehls in keiner Weise haftbar; der Befehlsgeber allein trägt die Verantwortung für die Folgen seines Befehls.[3])

[1]) Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht 1899 S. 77 f.

[2]) „Wahrhaft plastisch tritt hier die Macht des Befehls zu Tage in den Worten: lex et iussio dominica occidit eum“ van Calker a. a. O. S. 71.

[3]) Vgl. auch Wilda, Das Strafrecht der Germanen 1842 S. 632 f.

Einen anderen Standpunkt scheint das mittelalterlich-kanonische Recht eingenommen zu haben. C. XI qu. 3 c. 93 lautet: Si dominus iubet ea, quae non sunt contraria sacris scripturis, subiiciatur domino servus. Sin vero contraria precipit, magis obediat spiritus quam corporis domino. § 1. Si bonum est, quod precipit imperator, iubentis exsequere voluntati; si malum, responde: „Oportet Deo magis quam hominibus obedire". Hoc ipsum et de servis apud dominos et de uxoribus apud viros et de filiis apud patres, quod in illis tantum debeant dominis, viris, parentibus esse subiecti, quae contra Dei mandata non sunt. c. 92 derselben quaestio drückt den gleichen Gedanken noch kürzer aus: Non semper malum est non obedire praecepto, cum enim Dominus iubet ea, quae Deo sunt contraria, tunc ei obediendum non est. Diese Grundsätze, welche dem Geiste des kanonischen Rechts durchaus angemessen sind, dürften auch für die Gehorsamspflicht des Soldaten dem Befehle des Vorgesetzten gegenüber gegolten haben. Jedenfalls wird man nicht allein aus der Stelle C. 23 qu. 5 c. 13 die grundsätzliche Unverantwortlichkeit des Soldaten für alle auf Befehl begangene Handlungen und dementsprechend eine blinde Gehorsamspflicht, welche den eben angeführten Quellenstellen direkt widersprechen würde, herleiten können.[1]) C. 23 qu. 5 c. 13 lautet nämlich: miles quum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii; immo nisi fecerit reus imperii deserti atque contempti est. Der scheinbare Widerspruch zwischen dieser Stelle und den oben zitierten erklärt sich auf einfache Weise, wenn man nach dem Vorschlage van Calkers[2]) die Bestimmung des c. 13 C. 23 qu. 5 nur auf die Tötung des Feindes im Kriege, also auf den Gehorsam einem rechtmässigen Befehle gegenüber bezieht, worauf ja die Worte reus imperii deserti atque contempti

[1]) Wie Hecker, Über das Verhältnis des Zivilstrafrechts zum Militärstrafrecht 1885 S. 57.

[2]) A. a. O. S. 74 f.

est hinzudeuten scheinen. Man wird also annehmen müssen, dass nach kanonischem Rechte der Soldat den ihm erteilten Befehlen nur solange Gehorsam schuldete, als diese nicht zu den Geboten Gottes im Widerspruch standen.

Seit dem im Jahre 1158 erlassenen Heergesetz Kaiser Friedrichs I. finden wir bis ins 18., ja sogar in den Anfang des 19. Jahrhunderts hinein Verordnungen, meist „Artikelsbriefe“ genannt, in denen die deutschen Fürsten die rechtlichen Verhältnisse ihrer Truppen zu regeln suchten; aus ihnen haben sich die Militärstrafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts entwickelt. Von besonderer Bedeutung, weil grundlegend für das Militärrecht der übrigen deutschen Einzelstaaten, sind die von Maximilian II. im Jahre 1570 herausgegebenen „Artikel auf die Teutsche Knechte“ und „Reuter-Bestallung“ sowie die Schwedischen und Brandenburgischen Kriegsartikel. Aus den beiden erstgenannten Heerverordnungen lässt sich ein sicherer Anhalt für die Untersuchung, bis zu welchem Grade der Untergebene dem Vorgesetzen Gehorsam schuldete, kaum gewinnen. Jedenfalls ist die Forderung eines blinden Gehorsams nirgends festzustellen. Eher spricht gegen eine solche Annahme der Eingang der „Artikel auf die Teutsche Knechte“, wo es heisst: „Sie sollen schwören . . . ihrem Vorgesetzten . . . gehorsam zu sein, . . . was sie mit ihm schaffen und gebieten, das Kriegsleuten zustehet.“[1]) In demselben Sinne könnte gedeutet werden Art. 26 in Kaiser Leopolds Artikelsbrief vom Jahre 1668: „Wer sich verweigert, wozu er redlich kommandiert wird, soll als ein Meutenirer gestraffet werden“[2]) und Art. I in dem „Articulsbrief der Reichsvölcker“ vom 6. November 1672: „Sollen alle und jede Kriegsleute . . . geloben und schweren . . ., den vorgesetzten Generalen . . . in allen deme, was sie ihnen zu

[1]) Corpus iuris militaris Frankfurt a/M. 1709 (Verlag: Johann Völcker) S. 5.

[2]) Corp. iur. mil. S. 122.

Nutzen Allerhöchst gedachter Ihr. Kayserl. Maj., des Reichs . . . gebieten werden . . . gehorsamen."[1])

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Grenzen der Gesorsamspflicht findet sich erst in dem von Karl XI. im Jahre 1683 neu publizierten Artikelsbrief Gustav Adolfs. Art. XXXII daselbst lautet nämlich: „Befiehlet aber der Obrister, Obrister-Lieutenant oder jemand der andern Ober- oder Unter-Officirern seinem unterhabenden Volcke, einem oder mehrern, etwas anderes, als was unsere Dienste betrifft, und ausser seinem Ampt ist, auf solchen Fall ist der Kriegsmann ihm zu gehorchen nicht gehalten, sondern er soll solches angeben, und alsdann erkennt das Regiment- oder General Kriegs-Gericht darüber, was er, nach Beschaffenheit der Sachen, schuldig sei: Wer dergleichen nicht angiebt, mit dem wird auf gleiche Weise prozedieret."[2]) Hier wird mit ausdrücklichen Worten eine beschränkte Gehorsamspflicht des Untergebenen festgesetzt, indem der Soldat ausserdienstlichen Befehlen nicht zu gehorchen braucht, ja sogar solche Fälle zwecks Bestrafung des Vorgesetzten zur Anzeige zu bringen hat. War aber der Untergebene berechtigt, dem auf eine erlaubte Handlung gerichteten Befehle den Gehorsam zu verweigern, bloss weil der Befehl keine Dienstangelegenheit betraf, um wieviel mehr muss er einem eine strafbare Handlung bezweckenden Befehle gegenüber vom Gehorsam entbunden gewesen sein?

Dem schwedischen Kriegsrecht nachgebildet ist der Artikelsbrief Friedrich Wilhelms des grossen Kurfürsten. Art. XV desselben bestimmt:[3]) „Im Fall einer oder der andere von unsern Officirern ihrem unterhabenden Volck etwas commandirten, so Uns Unsers hohen Chur-Hauses Bestes und ihre Ämpter nicht beträffe, so soll Kriegesrecht darüber gehalten und nach gestalten Sachen Straffe er-

[1]) Corp. iur. mil. II. Abteilung S. 363.
[2]) Corp. iur. mil. S. 352.
[3]) Corp. iur. mil. S. 563.

gehen.“ Es fehlen hier also die Worte: „Auf solchen Fall ist der Kriegesmann ihm zu gehorchen nicht gehalten.“ Hieraus allein wird man aber nicht schliessen können[1]), dass das in dem schwedischen Vorbild proklamierte Prinzip des beschränkten Gehorsams in das brandenburgische Recht nicht übergegangen sei. Der Kommentator des zitierten Corpus iuris militare sagt sogar in seinen annotationes zu Art. XV ausdrücklich[2]): „Wann nun ein Offizier hierwider etwas befiehlet, so ist ihm keiner zu parieren . . . schuldig.“

Auch in den späteren Revisionen der Brandenburgischen Kriegsartikel ist eine ausdrückliche Anerkennung des Prinzips des absoluten Gehorsams nicht erfolgt; doch scheint allerdings in der Zeit des Aufblühens des preussischen Militärstaats und seiner Erstarkung zur europäischen Grossmacht der Gedanke der militärischen Subordination immer straffere Gestalt angenommen und sich dem Grundsatze der unbeschränkten Gehorsamspflicht immer mehr genähert zu haben.[3])

In nicht missverständlicher Weise bestimmt dagegen Art. 19 des Schweizerischen Kriegsrechts[4]): „Wann ein Soldat oder auch ein Herrendiener aus Befelch seines Herren oder kommandirenden Offiziers thun muss, was an sich selbst nicht recht ist, so ist nicht der Diener oder Soldat, sondern der, so den Befelch gibt, zu straffen.“ Hier finden wir also die volle Unverantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene rechtswidrige Handlungen mit klaren Worten ausgesprochen.

Unter den im 19. Jahrhundert entstandenen Militärstrafgesetzbüchern, welche als Grundlagen für unser heutiges Militärstrafrecht von Bedeutung sind, kommen besonders

[1]) Wie Hecker a. a. O. S. 56.

[2]) Corp. iur. mil. S. 563.

[3]) Vgl. hierüber insbesondere das von van Calker a. a. O. S. 80 zitierte Dienstreglement.

[4]) Corp. iur. mil. II. Abteilung, S. 192

das preussische, das sächsische und das bayrische in Betracht.

Das preussische Militärstrafgesetzbuch vom 3. April 1845 bestimmt im § 71: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers 1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder 2. wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte.“ Für die praktische Anwendung dieses Paragraphen bestimmte jedoch die Allerhöchste Kabinettsordre vom 27. März 1860: „Es ist, wenn durch pünktliche Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Militärstrafgesetz verletzt wird, der befehlende Vorgesetzte allein dafür verantwortlich, der gehorchende Untergebene kann nur strafbar werden, wenn in der Ausführung eine Verletzung der militärischen Treue liegt.“ Nach dem in dieser Weise interpretierten § 71 macht sich also der Untergebene durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen verantwortlich, wenn er den Befehl überschreitet, oder wenn ihm bekannt war, dass mit dem Befehl eine nach den allgemeinen Gesetzen strafbare Handlung oder eine Verletzung der militärischen Treue bezweckt wurde.

Das sächsische Militärstrafgesetzbuch vom 4. November 1867 stimmt im § 70 wörtlich mit § 71 des preussischen überein.

In scheinbarem Gegensatz zum preussischen und sächsischen Militärstrafgesetzbuch stellt das bayrische Militärstrafgesetzbuch vom 29. April 1869 in Art. 65 folgende Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene strafbare Handlungen fest: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Tat macht in der Regel den Täter nicht straflos. — Jedoch macht der dienstliche Befehl eines Vorgesetzten, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wurde, den Untergebenen dann

straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten, noch gewusst hat, dass durch Ausführung des Befehls nur die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckt werde. — In allen Fällen bleibt der Befehlende strafrechtlich verantwortlich.“ Der Gegensatz ist, wie gesagt, nur ein scheinbarer; denn auch im preussischen und sächsischen Recht gilt ja die Regel von der Unverantwortlichkeit des Untergebenen nur, wenn es sich um einen Befehl in Dienstsachen handelt, so dass also bei ausserdienstlichen Befehlen die Verantwortlichkeit des Gehorchenden sich nach den allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen bestimmt. Dem Sinne nach liegt der Unterschied hauptsächlich darin, dass nach preussischem Rechte, sobald es sich um einen Befehl in Dienstsachen handelt, die Vermutung der Straflosigkeit für den Untergebenen spricht und nur durch den Nachweis der Überschreitung des Befehls oder der Kenntnis seines verbrecherischen Zweckes widerlegt werden kann, während nach bayrischem Rechte, auch wenn ein dienstlicher Befehl vorliegt, eine solche Vermutung noch nicht besteht, sondern zur Straflosigkeit des Untergebenen erst noch weiter die Nichtüberschreitung des Befehls und die Unkenntnis seines verbrecherischen Charakters festgestellt werden müssen. Weitere Abweichungen zwischen den in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen liegen darin, dass der einem dienstlichen Befehl pünktlich gehorchende Untergebene nach preussischem Rechte strafbar war, wenn der Befehl auf eine durch das bürgerliche Strafrecht verbotene Handlung (also auch Übertretung) oder auf eine Verletzung der militärischen Treue gerichtet war und der Untergebene dies wusste, nach bayrischem Rechte sich dagegen verantwortlich machte, wenn ihm bekannt war, dass der Befehl ein bürgerliches Verbrechen oder Vergehen (also nicht Übertretung) bezweckte.

Um auch auf dem Gebiete des Militärstrafrechts eine einheitliche Gesetzgebung in Deutschland zu schaffen, wurde unter dem 8. April 1872 dem Reichstage ein vom Bundes-

rate beschlossener Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches vorgelegt. Derselbe enthielt im § 58 folgende Bestimmung[1]: „Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilt hat, als Täter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat. Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schliesst."

Die Motive bemerken hierzu folgendes[2]):

„Bei der Lehre über strafbare Teilnahme empfahl es sich vom militärischen Standpunkte aus, die in logischer Gliederung aufgestellten Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich im allgemeinen beizubehalten. Nur in einer Hinsicht war eine Abweichung geboten. Behufs Erreichung der einer Armee gesetzten Aufgabe ist es nämlich unabweisbar notwendig, dass der Soldat den Dienstbefehlen seines Vorgesetzten unbedingt gehorche und ihm ein Urteil über die Rechtmässigkeit und Folgen der Dienstbefehle nicht gestattet werde. Von selbst wirft sich daher für den Gesetzgeber die Frage auf, ob der Soldat auch dann dem Befehle seines Vorgesetzten folgen müsse, wenn der Befehl auf Ausführung einer mit Strafe bedrohten Handlung geht.

„Der Entwurf ist hierbei bestrebt gewesen, so viel als irgend möglich die militärischen Interessen der Aufrechterhaltung des Gesetzes hintanzustellen. Im § 58 schreibt er darum vor, dass nicht die Befolgung eines jeden Dienstbefehls einen Grund zur Straflosigkeit eines Soldaten bilde; Straflosigkeit trete vielmehr nur dann ein, wenn der Befehl ein Befehl in Dienstsachen gewesen. Nach militärischer herkömmlicher Sprachweise unterscheidet sich

[1]) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages, I. Legislaturperiode, III. Session 1872, 3. Band, S. 6.

[2]) Stenogr. Berichte a. a. O. S. 30.

aber der Dienstbefehl von dem Befehl in Dienstsachen dadurch, dass unter ersterem ein jeder Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten verstanden wird, letzterer nur derjenige Befehl eines dienstlich Vorgesetzten ist, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft.

„Noch um vieles höher als die Pflicht des Gehorsams steht aber für den Soldaten die Bewahrung der militärischen Treue. Der § 58 bestimmt darum, dass selbst die Befolgung eines Befehls in Dienstsachen dann nicht einen Straflosigkeitsgrund bilde, »wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schliesst«. Unter militärischer Treue versteht aber der Entwurf alle die Pflichten gegen den Kaiser, den Landesherrn und das Vaterland, deren Erfüllung der Soldat durch Ableistung des Fahneneides gelobt hat. Handlungen gegen die militärische Treue sind daher beispielsweise die Verletzung des Gehorsams gegen den Kaiser oder den Landesherrn sowie alle Handlungen, durch welche der Soldat sich seiner militärischen Dienstpflicht entziehen will, sei es, dass dies durch Fahnenflucht, durch Selbstbeschädigung, durch Vorschützung eines Gebrechens oder durch sonstige Täuschungen geschieht.

„Mag nun bei Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, durch welche eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird, der Untergebene straffrei oder strafbar sein, der Entwurf nimmt ausnahmslos an, dass dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber der gehorchende Untergebene nur als dessen Handhabe erscheint. Aus diesem Grunde soll in allen diesen Fällen der Vorgesetzte nicht sowohl als der Anstifter, sondern vielmehr als der Täter betrachtet werden. Schliesst die Befolgung eines Befehls in Dienstsachen eine Handlung gegen die militärische Treue in sich, und ist darum auch dem Untergebenen die Handlung zuzurechnen, so soll dieser als Mittäter betrachtet werden. Wenn übrigens der Entwurf ausspricht, dass der Vorgesetzte als Täter, der Untergebene als Mittäter betrachtet werden sollen, so ist das Wort »betrachtet« absichtlich gewählt

worden. Der Entwurf hat ausdrücklich es abgelehnt, statt dieses Wortes das Wort »bestraft« zu sagen. Denn er wollte nicht den Fällen präjudizieren, in welchen etwa nach den allgemeinen Lehren des Strafrechts der Täter oder Mittäter für straffrei zu erklären sei.

„Welche Wirkung es habe, wenn eine strafwürdigere Handlung, als der Vorgesetzte gewollt, oder eine strafbare Handlung überhaupt erst dadurch geschieht, dass der Untergebene den Befehl überschreitet, will der Entwurf lediglich nach den allgemeinen Strafgrundsätzen entschieden wissen. Dem Vorgesetzten dürfen die Folgen der Überschreitung nicht zugerechnet werden. Der Untergebene allein ist wegen derselben verantwortlich.

„Ob der Befehl ein allgemeiner oder nur für einen bestimmten Fall gegebener sei, unterscheidet der § 58 nicht, weil der Entwurf überhaupt annimmt, dass auch die seitens eines Vorgesetzten gegebene, allgemeine Instruktion als ein Befehl zu erachten sei. So ist denn gemäss § 58 der Vorgesetzte auch dann als Täter zu betrachten, wenn ein Untergebener eine von demselben ihm erteilte Instruktion pünktlich ausführt.“

Durch die Kommission, an welche der Reichstag den Entwurf zunächst überwies, wurde § 58 abgeändert und erhielt (nunmehr als § 47) folgende Fassung[1]):

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“

[1]) Stenogr. Berichte a. a. O. Bd. III S. 553.

In dieser Form wurde die Bestimmung von dem Reichstage in 2. und 3. Lesung ohne Debatte angenommen[1]) und ist als § 47 des Militärstrafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872 noch heute in Geltung.

§ 2. Die militärische Gehorsamspflicht im allgemeinen.

1. Grund und Inhalt derselben.

Wie schon der Ausdruck „Militärdienst" besagt, steht der Soldat zu seinem Staate in einem Dienstverhältnis. Die juristische Grundlage dieses öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses kann eine zweifache sein. Nach Art. 57 der deutschen Reichsverfassung ist jeder Deutsche wehrpflichtig; diese — in Art. 59 genauer geregelte — Militärdienstpflicht beruht also unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung. Der Staat tritt hier dem einzelnen als mit Hoheitsrechten ausgestattetes Gemeinwesen gegenüber, das kraft seiner Befehlsgewalt von den Untertanen diese in das Leben des einzelnen tief eingreifenden persönlichen Dienstleistungen verlangt und nötigenfalls erzwingt. Aber diese gesetzliche Wehrpflicht erstreckt sich nur auf eine beschränkte Zeitdauer. Über diese Zeit hinaus ist niemand zur Leistung von Militärdiensten gesetzlich verpflichtet. Wer trotzdem als Berufssoldat weiter in dem Heere oder der Flotte verbleibt, der steht — ebenso wie der geworbene Soldat in Staaten ohne allgemeine Wehrpflicht — nicht mehr in einem gesetzlich auferlegten, sondern in einem freiwillig übernommenen Dienstverhältnis. Der Staat schliesst hier in einer privatrechtlichen Verhältnissen analogen Weise mit dem einzelnen unter gesetzlich festgelegten Bedingungen einen Dienstvertrag ab, dessen Kündigung nach Massgabe dieser Bedingungen beiden Parteien freisteht.

[1]) Die Generaldebatte in erster Lesung erstreckte sich nicht auf die Frage der Gehorsamspflicht. — Die Kommissionsprotokolle sind nicht gedruckt. Auch der mündliche Bericht des Referenten über die Tätigkeit der Kommission enthielt nur einen Hinweis auf die Abänderung des § 58, keine Begründung derselben. Stenogr. Berichte a. a. O. Bd. II S. 808.

Welches aber auch der Rechtsgrund der Dienstpflicht des Soldaten sei, Gesetz oder Vertrag, der Staat fasst beide Arten von Dienstverpflichteten unter der Bezeichnung „Personen des Soldatenstandes“ zusammen und unterwirft sie um der für die Brauchbarkeit des Heeres unerlässlichen Einheitlichkeit willen — abgesehen von den Rangunterschieden — der gleichen Behandlung. So ist insbesondere auch die Gehorsamspflicht, die er ihnen auferlegt, in Umfang und Bedeutung dieselbe beim Berufssoldaten wie bei dem auf Grund des Gesetzes dienenden. Diese Gehorsamspflicht ist inhaltlich eine unbegrenzte; „man kann nicht angeben, zu welchen einzelnen Leistungen der bei den Fahnen befindliche Soldat rechtlich verpflichtet sei“.[1]) Ihrem Umfange nach aber kann sie eine doppelte sein, eine sogenannte „absolute“ oder „blinde“, oder aber eine „beschränkte“. Bei der ersteren Art hat der Untergebene den Befehl des Vorgesetzten wie ein „blindes“ Werkzeug zu vollziehen, ohne auf den Zweck oder die Folgen des Befehls zu achten; „da gibts nur ein Vergehen und Verbrechen: der Ordre fürwitzig widersprechen“. Der beschränkte Gehorsam dagegen kennt höhere, über der Gehorsamspflicht stehende Rücksichten, wie die Beobachtung von Gesetz und Recht oder die Wahrung der militärischen Treue, und ein Konflikt dieser höheren Rücksichten mit dem Befehl entbindet vom Gehorsam gegen diesen.

2. Die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen.

Dieser zwiefachen Art der Gehorsamspflicht entsprechend wird auch die Verantwortlichkeit des Gehorchenden für in Ausführung des Befehls begangene strafbare Handlungen eine verschiedene sein müssen. Der absoluten Gehorsamspflicht muss die volle Unverantwortlichkeit, der beschränkten Gehorsamspflicht eine teilweise Verantwortlichkeit entsprechen. Überall da, wo der Untergebene einem rechts-

[1]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1901, 4. Band. S. 148.

verbindlichen Befehl gehorcht, muss er für die in Ausübung des Gehorsams begangene Tat straffrei bleiben, mag sie sich auch sonst als strafbare Handlung darstellen. Das Gesetz kann unmöglich für eine Handlung strafen, zu deren Ausführung es den Täter selbst verpflichtet hat. Die Pflicht zum Gehorsam enthält zugleich das Recht, die befohlene Handlung auszuführen. Der verbindliche Befehl wirkt somit als Unrechtsausschliessungsgrund.[1]) Es ist daher nicht richtig, wenn van Calker[2]) hier von einem „persönlichen Schuldausschliessungsgrunde" spricht. Denn von Schuld kann nur da die Rede sein, wo objektiv ein Unrecht vorliegt. Denjenigen, der rechtmässig handelt, kann unmöglich Schuld treffen; denn Schuld ist ja gerade die Zurechenbarkeit eines Unrechts, „die Verantwortlichkeit für die begangene rechtswidrige Handlung".[3]) Wo aber eine Schuld gar nicht in Frage kommt, da kann auch ein Schuldausschliessungsgrund nicht konstruiert werden. Van Calker gibt übrigens selbst zu, dass für den auf Grund seiner Dienstpflicht gehorchenden Untergebenen die in Ausführung des Befehls begangene Tat eine rechtmässige ist: er würde also richtiger von einem persönlichen Unrechts- als von einem persönlichen Schuldausschliessungsgrunde sprechen. Mit der Bezeichnung „persönlicher Schuldausschliessungsgrund" will van Calker zum Ausdruck bringen, dass die Handlung im allgemeinen eine rechtswidrige bleibe, nur für den Täter sei sie eine rechtmässige, eine strafbare Teilnahme an der Tat sei also möglich. Auch diesen Ausführungen wird man schwerlich beipflichten können. Wenn die Handlung für den Täter eine rechtmässige ist, so liegt eben eine strafbare Handlung nicht vor, „denn der Täter gibt der Tat ihren Charakter".[4]) Es ist also gleichgültig,

[1]) Vgl. von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 12. und 13. Aufl. S. 154; Beling, Grundzüge des Strafrechts 1899, S. 29.

[2]) A. a. O. S. 13.

[3]) von Liszt a. a. O. S. 158.

[4]) Wachenfeld in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 34. Band 1892, S. 452.

ob die Rechtswidrigkeit im allgemeinen ausgeschlossen ist oder nicht. Eine strafbare Teilnahme an einer (wenn auch nur im einzelnen Falle) rechtmässigen Handlung ist jedenfalls begrifflich nicht möglich. Hieraus ergibt sich, dass man den Vorgesetzten, der einen rechtsverbindlichen Befehl zu einer strafbaren Handlung erteilt hat, nicht als Anstifter strafen kann. Der Vorgesetzte ist vielmehr mittelbarer Täter;[1]) denn er hat durch psychische Einwirkung auf einen andern die Begehung einer strafbaren Handlung verursacht, ohne dass der physische Täter für dieselbe haftbar gemacht werden könnte. Ist der Befehl dagegen nicht rechtsverbindlich, der Untergebene also selbst verantwortlich, so ist dieser als Täter, der Vorgesetzte als Anstifter anzusehen.

§ 3. Die militärische Gehorsamspflicht nach § 47 M.-St.-G.-B.

Unser Militärstrafgesetzbuch enthält keine Bestimmung, in welcher direkt gesagt wäre, inwieweit der Untergebene verpflichtet ist, dem Befehle des Vorgesetzten zu gehorchen. Es können die Grenzen der Gehorsamspflicht daher nur mittelbar aus den im § 47 des Gesetzes enthaltenen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit des Untergebenen für die in Ausführung des Befehls begangene Tat entnommen werden.

Der genannte Paragraph handelt, wie schon die entsprechende Bestimmung des Preussischen Militärstrafgesetzbuchs vom Jahre 1845, nur von „Befehlen in Dienstsachen". Was unter dieser Bezeichnung zu verstehen ist, findet sich im Gesetze selbst nirgends ausgesprochen und steht auch in Wissenschaft und Praxis noch keineswegs fest. Nach den Motiven ist Befehl in Dienstsachen „derjenige Befehl eines dienstlich Vorgesetzten, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft", während unter einem Dienstbefehl „ein jeder Befehl irgend eines mili-

[1]) Vgl. von Liszt a. a. O. S. 222 Anm. 6.

tärischen Vorgesetzten verstanden wird". Von der herrschenden Meinung wird jedoch als Befehl in Dienstsachen jeder Befehl irgend eines Vorgesetzten angesehen, der mit dem Dienst in direkter oder indirekter Beziehung steht, also auch der Befehl eines einem andern Truppenteil angehörigen Vorgesetzten.[1]) Auch das Reichsmilitärgericht fasst jeden von irgend einem Vorgesetzten berechtigtermassen, wenn auch nur mit Rücksicht auf die allgemeinen Dienstverhältnisse des Untergebenen erteilten Befehl als Befehl eines „dienstlich" Vorgesetzten — Befehl in Dienstsachen — auf.[2])

Der Grund für die Unsicherheit in der Deutung und praktischen Anwendung der Begriffe „Befehl in Dienstsachen" und „Dienstbefehl" ist unschwer einzusehen. Diese Unterscheidung erscheint formell wie inhaltlich nicht glücklich gewählt. Jeder Nichteingeweihte wird notwendig die beiden Ausdrücke für gleichbedeutend halten. In der Sache aber vermengt das Gesetz hier zwei Unterscheidungsprinzipien, nämlich den Gegensatz von Befehlen in Dienstangelegenheiten und Befehlen in Privatangelegenheiten und den Gegensatz von Befehlen eines direkten Vorgesetzten und Befehlen eines anderen Vorgesetzten. Diese letzte Unterscheidung ist, wie schon oben gezeigt, von der heute herrschenden Meinung fallen gelassen worden. Und das mit Recht. „Der militärischen Disziplin entspricht es, dass jeder Untergebene jedem Vorgesetzten der Armee zu gehorchen hat".[3]) Es würde sich daher de lege ferenda empfehlen, an Stelle der gegenwärtig gebrauchten Terminologie die Bezeichnungen „Befehle in Dienstangelegen-

[1]) Vgl. Hecker a. a. O. S. 55, Derselbe, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts 1887 S. 91, van Calker a. a. O. S. 98, Olshausen Kommentar zum St.-G.-B. 6. Aufl. I. Bd. Note 12b zu § 52.

[2]) Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts Bd. I S. 105.

[3]) van Calker a. a. O. S. 100. Vgl. auch von Rudloff, Handbuch des preussischen Militärrechts 1826, I. Bd. S. 283: Die Verpflichtung zum militärischen Gehorsam läuft durch alle Rangstufen, „so dass die Militärpersonen eines Ranges allen Militärpersonen höheren Ranges, ohne Unterschied der Waffe, in dienstlichen Angelegenheiten subordiniert sind (Dienstregl. Tl. XI Tit. 1 Art. 1, 3, 7ff.)".

heiten“ und „Befehle in Privatangelegenheiten“ oder kürzer „Dienstbefehle“ und „Privatbefehle“ zu verwenden.

Dem Vorschlage Heckers, „bei Revision des Militärstrafgesetzbuchs die Bestimmungen des § 47 betreffend die ausschliessliche Verantwortlichkeit des befehlenden Vorgesetzten für die durch die pünktliche Ausführung des Befehls entstandene Verletzung eines Strafgesetzes auch auf blosse Dienstbefehle auszudehnen“,[1]) wird man kaum zustimmen können. Mit Recht macht das Gesetz einen Unterschied zwischen einem Befehle, der auf den militärischen Dienst Bezug hat, und einem nur eine Privatangelegenheit betreffenden Auftrage des Vorgesetzten. Die Pflicht zum Gehorsam in Dienstangelegenheiten ist neben der zur militärischen Treue die heiligste Obliegenheit des Soldaten; sie ist Existenzbedingung für jede Armee. Der Gehorsamspflicht in Privatangelegenheiten kommt dagegen diese Bedeutung nicht zu; sie ist vielmehr als ein Mittel anzusehen, das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenen noch enger und damit den Zusammenhalt des Heeres fester zu gestalten, und eine Armee, in welcher der Soldat zum Gehorsam in Privatangelegenheiten nicht verpflichtet wäre, liesse sich allenfalls noch denken. Diesem Unterschiede in der Bedeutung der beiden Arten des Gehorsams entspricht es nur, wenn das Gesetz dem Befehl in Dienstangelegenheiten eine verbindlichere Kraft beilegt, als dem in Privatangelegenheiten. Es wäre ja sonst auch nicht zu verstehen, weswegen der Ungehorsam gegen den ersteren mit strenger gerichtlicher Strafe bedroht ist, während der Ungehorsam in Privatangelegenheiten nur disziplinarisch geahndet wird.

Für den Fall, dass durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt wird, stellt unser § 47 den Grundsatz der alleinigen Verantwortlichkeit des befehlenden Vorgesetzten und damit indirekt den der Unverantwortlichkeit des gehorchenden Untergebenen auf.

[1]) Hecker, Über das Verhältnis usw. S. 59.

Von diesem Grundsatze macht es jedoch zwei Ausnahmen. Die erste Ausnahme ist — wie allgemein zugegeben wird[1]) — ohne Bedeutung, weil selbstverständlich. Es könnte keinen Grund geben, den Untergebenen von der Verantwortung für strafbare Handlungen zu entbinden, durch deren Ausführung er in Überschreitung des ihm erteilten Befehls seinen eigenen Willen betätigt. Richtiger wäre es übrigens, wenn es nicht hiesse: „wenn . . .“, sondern: „soweit er den ihm erteilten Befehl überschritten hat“; denn soweit die Handlung sich innerhalb der Grenzen des Befohlenen hält, soll dem Untergebenen der Schutz des § 47 Satz 1 nicht entzogen werden.[2])

Von entscheidender Bedeutung dagegen ist die in § 47 No. 2 enthaltene Ausnahme von der prinzipiellen Unverantwortlichkeit des einem Befehl in Dienstsachen gehorchenden Untergebenen. Wusste dieser, dass mit dem Befehl ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt wurde, so macht er sich durch die Ausführung des Befehls strafbar. Hieraus folgt, dass der Untergebene in diesem Falle zur Nichtbefolgung des Befehls berechtigt und sogar verpflichtet ist. Von einzelnen Kommentatoren wird gelehrt, auch die in No. 2 des § 47 enthaltene Ausnahme von dem im Satz 1 aufgestellten Grundsatze sei nur eine scheinbare. So meint Koppmann,[3]) dass ein die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckender Befehl nicht als ein Befehl in Dienstsachen anzusehen sei, so dass also schon aus diesem Grunde die Regel von der Unverantwortlichkeit des Untergebenen hier keine Anwendung finden könne. Diese Ansicht erscheint jedoch nicht zutreffend. Die Unterscheidung von Befehlen in Dienstsachen und Dienstbefehlen ist, wie sich aus dem oben gesagten ergibt, eine rein äusserliche, formale, und hat mit der

[1]) Vgl. z. B. Hecker, Lehrbuch S. 90.

[2]) Ebenso Herz-Ernst, Militärstrafgesetzbuch 1903 Anm. 10 zu § 47, van Calker a. a. O. S. 123 f., Koppmann, Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Anm. 11 zu § 47.

[3]) A. a. O. Anm. 10 zu § 47.

materiell-rechtlichen Frage, ob der Befehl ein erlaubter ist oder einen strafbaren Zweck verfolgt, nichts zu tun. So wird man, um ein Beispiel[1]) anzuführen, kein Bedenken tragen können, den Befehl eines Unteroffiziers an die beim Scheibenschiessen an der Scheibe bediensteten Gemeinen, durch Vorzeigen höherer Nummern falsche Schussresultate anzumelden, als einen Befehl in Dienstsachen anzusehen, obwohl der Befehl ein militärisches Vergehen (gegen § 139 M.-St.-G.-B.) bezweckt; denn der Befehl ist von einem Vorgesetzten erteilt und bezieht sich auf eine Dienstangelegenheit. Mit Recht weist das Reichsmilitärgericht[2]) darauf hin, dass schon durch die Fassung des § 47 M.-St.-G.-B. „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt" unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Befehl in Dienstsachen vorliegen kann, auch wenn durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wird. — Noch weniger haltbar erscheint die Ausführung in dem Herz-Ernstschen Kommentar,[3]) wonach die Ausnahme des § 47 No. 2 deswegen nur eine scheinbare sei, weil der Untergebene zur Ausführung eines Befehls, welcher die Verübung einer Straftat bezweckt, nicht verpflichtet sei. Warum ist er aber hierzu nicht verpflichtet? Dies ergibt sich doch erst daraus, dass er für den Fall der Ausführung des Befehls durch § 47 No. 2 mit Strafe bedroht ist. Hätten wir diese Bestimmung nicht, so ständen wir auf dem Standpunkte des Schweizerischen Militärstrafgesetzbuchs von der ausnahmslosen Unverantwortlichkeit des Untergebenen.[4])

Das Reichsmilitärstrafgesetzbuch verlangt also vom Soldaten keinen absoluten oder blinden Gehorsam mehr.[5])

---

[1]) Reichsmilitärgerichtsentscheidungen I. Band, S. 62 f.

[2]) Entscheidungen Bd. I S. 63.

[3]) Anm. 9 zu § 47.

[4]) Siehe unten S. 40.

[5]) Derselben Ansicht Hecker, Über das Verhältnis usw. S. 57, Lehrbuch S. 92, Seuffert in der Strafgesetzgebung der Gegenwart (von Liszt) S. 77 f., Olshausen a. a. O.

Es verpflichtet vielmehr den Untergebenen, in Fällen, in denen ihm sein Rechtsgefühl sagt, dass er zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens missbraucht werden soll, den Gehorsam zu verweigern.

Gehorcht der Untergebene trotzdem dem als verbrecherisch erkannten Befehle, so trifft ihn nach § 47 die „Strafe des Teilnehmers". Über die Art, wie diese Bestimmung aufzufassen ist, gehen die Ansichten auseinander. Die meisten[1]) wollen den Vorgesetzten als Anstifter und den Untergebenen als Täter strafen; falls aber der Untergebene nach § 47 Satz 1 straffrei bleibt, soll der Vorgesetzte als Täter gelten.[2]) Van Calker[3]) weist dagegen mit Recht daraufhin, dass nach dem Wortlaute des Gesetzes und der Entstehungsgeschichte des § 47 der Vorgesetzte stets als Täter und der Untergebene, wenn ihm die Handlung überhaupt zuzurechnen ist, als Mittäter oder Gehülfe betrachtet werden muss. In den Motiven heisst es ausdrücklich: „Mag nun bei Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, durch welche eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird, der Untergebene straffrei oder strafbar sein, der Entwurf nimmt ausnahmslos an, dass dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber der gehorchende Untergebene nur als dessen Handhabe erscheint. Aus diesem Grunde soll in allen diesen Fällen der Vorgesetzte nicht sowohl als der Anstifter, sondern vielmehr als der Täter betrachtet werden." Aus der vom Gesetze gewählten Ausdrucksweise, den Untergebenen treffe die „Strafe des Teilnehmers" muss man schliessen, dass das Gesetz diesen Standpunkt der Motive hat beibehalten wollen.

De lege ferenda erscheint freilich diese Auffassung des Gesetzes nicht begründet. Warum soll der Soldat, der auf

---

[1]) So Koppmann a. a. O. Anm. 16 zu § 47, Hecker, Lehrbuch S. 93, Brauer, Handbuch 1872 S. 52, Herz-Ernst, Anm. 11 zu § 47.

[2]) Weiffenbach, Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1873 S. 42, will den Vorgesetzten auch in diesem Falle als Anstifter und den Untergebenen als (straffreien) Täter betrachten

[3]) a. a. O. S. 125 ff.

Befehl des Vorgesetzten eine strafbare Handlung begeht, obwohl er weiss, dass er dem Befehl nicht zu gehorchen braucht, ja sogar bei Strafe nicht gehorchen darf, nur als Handhabe des Vorgesetzten und Teilnehmer an der Tat betrachtet werden? Physischer Täter ist er zweifellos; er hat objektiv die Tatbestandsmerkmale des Delikts verwirklicht. Da der Befehl keine rechtsverbindliche Kraft hatte, so bleibt die Tat auch eine rechtswidrige. Warum sollte sie ihm nicht in vollem Umfange zugerechnet werden? Mag auch der Befehl als Milderungsgrund für den Untergebenen angesehen werden, das hindert aber nicht, ihn als Täter und den Vorgesetzten als Anstifter zu betrachten. Anders, wenn der Untergebene den unlauteren Zweck des Befehls nicht kennt und somit zum Gehorsam verpflichtet ist. In diesem Falle muss, wie schon oben[1]) erörtert, da an einer rechtmässigen Handlung strafbare Teilnahme nicht möglich ist, der Befehlsgeber als mittelbarer Täter angesehen werden.

Der Vorgesetzte wird übrigens, wenn die befohlene strafbare Handlung zur Ausführung kommt, nach § 115 M.-St.-G.-B. „als Täter oder Anstifter mit erhöhter Strafe belegt", andernfalls wegen des Unternehmens der Anstiftung gemäss § 116 mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahre bestraft.

Es liegt nahe, bei dieser Gelegenheit einen Blick auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene rechtswidrige Handlungen zu werfen. Nach den Grundsätzen von der unerlaubten Handlung (§ 823 B. G.-B.) haftet nur derjenige für einen entstandenen Schaden, welcher denselben widerrechtlich verursacht hat. Die Motive zu dem Entwurf eines B. G.-B. für das Deutsche Reich Bd. II 1888 S. 730 bemerken hierzu: „Überflüssig erscheint auszusprechen, dass derjenige, welcher dem Befehle eines andern kraft Gesetzes Gehorsam schuldig ist, und durch die ihm in solcher Weise befohlene Handlung einen andern

[1]) Seite 19.

beschädigt, hierfür nicht verantwortlich ist. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass, wenn das Gesetz zum Gehorsam verpflichtet, in dem Gehorsamleisten eine Widerrechtlichkeit sich nicht finden lässt.“ Der Untergebene ist also nicht haftbar, wenn der Befehl für ihn rechtsverbindlich ist; andernfalls macht er sich durch die Ausführung desselben verantwortlich.[1]) Die zivilrechtliche Haftung fällt demnach genau zusammen mit der strafrechtlichen. — Der Vorgesetzte macht sich, wenn auf seinen Befehl eine widerrechtliche Rechtsgüterverletzung begangen wird, stets wegen unerlaubter Handlung haftbar. Ist auch der Untergebene verantwortlich, so haften beide als Gesamtschuldner gemäss § 830 B. G.-B.[2])

§ 4. Einwände gegen das geltende Recht und Kritik derselben.

1. Die militärische Gehorsamspflicht und die allgemeinen Strafrechtsgrundsätze.

Die gegenwärtige Regelung der militärischen Gehorsamspflicht durch § 47 M.-St.-G.-B. wird aber keineswegs von allen Seiten gutgeheissen. Vielmehr finden sich auch heute noch Stimmen, hauptsächlich in den Kreisen der Militärschriftsteller, die entschieden für den Grundsatz des absoluten Gehorsams eintreten.

So sagt z. B. Hecker[3]), durch § 47 M.-St.-G.-B. sei „der Untergebene in die bedenkliche Lage gebracht, den erhaltenen Befehl einer Prüfung zu unterziehen . . . Die neuere Gesetzgebung glaubte diese Abweichung von den Bestimmungen älterer Rechte der Autorität des Straf-

[1]) Vgl. Fischer-Henle, 3. Aufl., Anm. 10 zu § 823 B. G.-B., Staudinger, Kommentar zum B. G.-B., Bd. II S. 712 No. 6, Windscheid, Pandekten, 8. Aufl., II. Bd. S. 911 Anm. 11, Luthardt, Die Grundlagen der Haftpflicht aus § 823 B. G.-B., S. 14 No. 5.

[2]) Vgl. Dangelmaier, Ist der militärische Befehl ein Strafausschliessungsgrund? in Streffleurs Österreichischer militärischer Zeitschrift, Wien 1884, 4. Bd. S. 125 f.

[3]) „Über das Verhältnis usw.“ S. 55 ff.

gesetzes schuldig zu sein. Ob diese Überordnung der Autorität des Strafgesetzes über die Gehorsamspflicht des Untergebenen im Kriege namentlich den Interessen des Staates entspricht, mag dahingestellt bleiben". In Rüdorffs Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch[1]) heisst es: „Der Fall zu 2 durchbricht das Grundprinzip der militärischen Disziplin, den unbedingten Gehorsam, indem er den Untergebenen berechtigt, jeden Befehl in Dienstsachen einer Prüfung zu unterziehen. Die Schädigung, welche durch Aufnahme dieser Bestimmung der Armee angetan worden ist, kann unter Umständen viel gewichtiger sein, als der Verstoss gegen strafrechtliche Prinzipien, den man hat vermeiden wollen. Der allein richtige Grundsatz, welcher auch hier hätte zur Anwendung kommen sollen, ist in der Allerh. Kabinettsordre vom 11. Mai 1821 ausgesprochen, in der der Gehorsam als erste Pflicht des Soldaten hingestellt und der befehlende Vorgesetzte für die Folgen seiner Befehle rücksichtslos und allein verantwortlich gemacht wird." Ebenso und fast mit denselben Worten spricht sich Solms in seinem „Strafrecht und Strafprozess für Heer und Marine des Deutschen Reiches"[2]) aus. Auch Koppmann[3]) meint, der § 47 M.-St.-G.-B. sei nach dem Entwurf viel klarer gewesen und hätte zu viel weniger Bedenken Anlass gegeben, als in seiner gegenwärtigen Redaktion.[4])

Die Verfechter des Grundsatzes der absoluten Gehorsamspflicht geben also selbst zu, dass die Autorität des Strafgesetzes gegen ihre Theorie spricht, die Annahme ihrer Lehre somit einen Verstoss gegen die allgemeinen

[1]) 2. Aufl. von Solms, 1878, S. 50 f.

[2]) 3. Aufl. 1892, No. 6 zu § 47 M.-St.-G.-B.

[3]) a. a. O. Anm. 2 zu § 47.

[4]) Von älteren Schriftstellern, die sich für das Prinzip des absoluten Gehorsams ausgesprochen haben, sind besonders zu nennen: Brauer, Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit, Gerichtssaal 1856, I. Bd. S. 381 f., und Damianitsch, Studien über das Militärstrafrecht, Wien 1862, S. 66 ff. (besonders S. 74 f.).

Strafrechtsprinzipien bedeuten würde. Und in der Tat, wenn die Rechtsordnung im Staate zur vollen Durchführung gelangen, wenn sie diejenige Macht sein soll, welcher sich jeder einzelne im Interesse der Allgemeinheit zu unterwerfen hat, dann darf es keine staatlichen Organe geben, die den Ungehorsam gegen sie zu erzwingen vermöchten. Wenn der Einzelne dem Rechte absoluten Gehorsam schulden soll, dann darf keine andre Macht daneben einen ebenso unumschränkten Gehorsam von ihm verlangen; denn wenn einmal diese Mächte einander widersprechende Forderungen stellen, so entsteht eine Pflichtenkollision, die die Verletzung mindestens einer Pflicht zur Folge haben muss. „Niemand kann zween Herren dienen. Entweder er wird einen hassen und den andern lieben; oder er wird einem anhangen und den andern verachten.“ Ist der Staat auch nicht in der Lage, den Einzelnen zu verhindern, Unrecht zu tun, muss er sich vielmehr im allgemeinen damit begnügen, das begangene Delikt am Täter zu ahnden, so wäre es doch andrerseits widersinnig, wenn er seinen eigenen Organen, die er gerade zur Wahrnehmung seiner Interessen bestellt, die Macht verleihen wollte, ihre Untergebenen zur Verletzung der von ihm aufgestellten Rechtsordnung zu zwingen.

Es versteht sich daher von selbst, dass auf dem Gebiete des bürgerlichen Strafrechts kein Fall von absoluter Gehorsamspflicht zu finden ist. Die Unterwerfung des Kindes unter die elterliche Gewalt ist durch die Zwecke der Erziehung und der häuslichen Wirtschaft begrenzt; keinesfalls erstreckt sie sich auf die Begehung strafbarer oder unsittlicher Handlungen.[1]) Derselben Beschränkung unterliegt auch die Gehorsamspflicht des durch privatrechtlichen Vertrag zu Diensten Verpflichteten, da die Begehung einer unlauteren Handlung nicht Gegenstand eines giltigen Vertrages sein kann.[2]) Der Beamte endlich ist dem Staate

[1]) Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, I. Bd. 1885 S. 797.

[2]) Vgl. B. G.-B. § 138 Abs. 1: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.“

auf Grund des mit diesem geschlossenen öffentlich-rechtlichen Dienstvertrages zum Gehorsam verpflichtet. „Aber die Verpflichtung des Beamten ist beschränkt auf die Erfüllung amtlicher Geschäfte; er dient nicht dem Vorgesetzten, sondern mit diesem gemeinsam dem Staate; er tritt in den Staatsdienst ein, um ein staatliches Amt zu übernehmen; welche Geschäfte aber einem Amte zufallen, normiert der Staat. Der Beamte ist daher nicht verpflichtet, Geschäfte auszuführen, welche entweder tatsächlich oder aus Rechtsgründen keine amtlichen sind oder sein können.“ [1]) § 10 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 bestimmt ausdrücklich: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich.“ „Hier werden also Prüfungs- und Weigerungsrecht gegenüber dem rechtswidrigen wie dem zweifelhaften Befehl ausdrücklich anerkannt.“ [2])

Nun wird man aber einwenden: ist es denn unbedingt nötig, dass für das Militärstrafrecht dieselben Prinzipien gelten, wie für das bürgerliche Recht? Sollte nicht mit Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der Armee für die militärischen Verhältnisse eine Ausnahme von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen angebracht sein? Niemand wird diese Frage ohne weiteres verneinen, „und auch der Kriminalist wird Verstand und Patriotismus genug besitzen, um engherzige juristische Bedenken vitalen Interessen der Armee unterzuordnen.“ [3]) „Wenn wir ein Gesetz für die Armee geben wollen, äusserte Graf Moltke in der zweiten Lesung des Entwurfs zum Militärstrafgesetzbuch[4]), so dürfen wir uns nicht ausschliesslich auf den bürgerlichen, auf den juristischen oder ärztlichen Standpunkt stellen, wir müssen uns schon auf den militärischen stellen.“ Wer wollte die

[1]) Laband a. a. O. I. Bd. S. 431.

[2]) Binding a. a. O. S. 807.

[3]) Gretener, Zum Entwurfe eines Militärstrafgesetzbuchs für die Schweizerische Eidgenossenschaft 1886 S. 13.

[4]) Stenogr. Berichte a. a. O. Bd. II S. 814.

Richtigkeit dieser Worte bezweifeln? Allein man darf auch in dieser Richtung nicht zu weit gehen und meinen, dass man sich nun jeder Berücksichtigung anerkannter Rechtsprinzipien entschlagen könne. Es unterliegt keinem Zweifel, dass man bei dem Erlasse eines Gesetzes, für welche Verhältnisse es auch immer bestimmt sein mag, den juristischen Standpunkt nicht völlig aus den Augen verlieren darf. „Auch das Militärstrafgesetzbuch muss, soll es anders diesen Namen verdienen, in erster Linie Gesetzbuch sein.“ [1]) Wie im modernen Staate alle Lebensäusserungen des einzelnen und der Gesamtheit unter der Herrschaft der Rechtsordnung stehen, so darf auch für die militärischen Verhältnisse der Rechtsgedanke nicht gänzlich beiseite geschoben werden. Dieser aber erheischt eine möglichst vollkommene Übereinstimmung des Militärrechts mit den bürgerlichen Gesetzen des Staates. „Die Wechselbeziehungen der beiden Stände, sagt Weisl[2]), durch eine grundsätzlich verschiedene Gesetzgebung über die Voraussetzungen und die Art der Bestrafung oder über die Form der Verwirklichung der Bestrafung zu stören, wäre ebenso überflüssig, als politisch gefährlich, und die vom Zwecke der Heere bedingte Sonderstellung des Militärstrafrechts erheischt trotz seiner Stellung als Standesrecht das Aufruhen auf den allgemeinen Bestimmungen des materiellen und formellen Rechtes des bezüglichen Staates bezw. Volkes.“ Und weiterhin heisst es[3]): „Möglichster Anschluss an die im bezüglichen Staate geltenden bürgerlichen Gesetze und herrschenden Verhältnisse ist bei Militärstrafgesetzen am Platz.“ Eine Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen erscheint somit nur da gerechtfertigt, wo sie ohne Gefährdung des Bestandes oder der Tüchtigkeit des Heeres nicht vermieden werden kann.

---

[1]) Gretener a. a. O. S. 7.

[2]) „Allgemeines über das Heeresstrafrecht“ im Gerichtssaal 1890 S. 74.

[3]) Ebenda S. 88.

Diese Erkenntnis hat sich in der Neuzeit immer mehr Bahn gebrochen und ist bei Beratung der modernen Militärgesetzbücher mehr oder weniger zum Ausdruck gekommen. So äusserte insbesondere bei der ersten Lesung des Entwurfs zum deutschen Militärstrafgesetzbuch der Bevollmächtigte zum Bundesrat, Präsident der Justizprüfungskommission Dr. Friedberg, zur Einführung der Vorlage u. a. folgendes[1]): „Es war der oberste und alle übrigen Rücksichten beherrschende Gedanke: das Militärrecht mit den leitenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen, soweit dies irgend tunlich erschien. Ich betone ganz ausdrücklich das Wort »tunlich«, weil allerdings überall da, wo von militärischer Seite gesagt wurde, dass die besonderen Bedürfnisse der Disziplin, die Lebensbedingungen, unter denen eine Armee bestehen und in ihrer Tätigkeit erhalten werden kann, eine Gleichstellung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht gestatten, dass da überall von dem Versuche, das Militärrecht dem bürgerlichen Rechte zu assimilieren, abgestanden wurde."

2. Beschränkter Gehorsam und militärische Disziplin.

Es ist demnach, da eine Ausnahme von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zugunsten des Militärstrafrechts nur da zulässig erscheint, wo sie unbedingt notwendig ist, nunmehr zu untersuchen, ob für die militärischen Verhältnisse die beschränkte Gehorsamspflicht ausreicht, oder ob die Eigenart des Heeres die Anerkennung der absoluten Gehorsamspflicht erfordert. Man könnte geneigt sein, diese Frage im Sinne der letzten Alternative zu entscheiden und zwar mit der Begründung, dass nur unter der Herrschaft dieses Prinzips die stramme Unterordnung des Untergebenen unter den Vorgesetzten ausreichend verbürgt sei. Niemand wird die Bedeutung der militärischen Disziplin verkennen. „Autorität von oben und Gehorsam von unten,

[1]) Stenogr. Berichte a. a. O. Bd. I S. 93.

mit einem Worte Disziplin, ist die ganze Seele der Armee. Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende und im Frieden eine gefahrvolle Institution.“[1]) Gewiss ist es richtig, dass die militärischen Verhältnisse eine strengere Gehorsamspflicht verlangen, als das bürgerliche Recht kennt. Aber ist diesem Erfordernis nicht bereits dadurch Rechnung getragen, dass der militärische Ungehorsam mit schwerer gerichtlicher Strafe bedroht ist, während im bürgerlichen Strafrecht, abgesehen vom Falle des § 353a St.-G.-B., der Ungehorsam nur disziplinarisch geahndet werden kann? Einfacher Ungehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen wird nach § 92 M.-St.-G.-B. mit Arrest bestraft; ist die Gefahr eines erheblichen Nachteils damit verbunden, so tritt Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren, im Felde von 3 Monaten bis zu 3 Jahren ein (§ 93 Abs. 2); wird durch den Ungehorsam ein erheblicher Nachteil herbeigeführt, so droht dem Täter strenger Arrest nicht unter 14 Tagen oder Gefängnis oder Festungshaft bis zu zehn Jahren, im Felde Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahre oder lebenslängliche Freiheitsstrafe (§ 93 Abs. 1). Die ausdrückliche Gehorsamsverweigerung wird mit strengem Arrest nicht unter 14 Tagen oder mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu 3 Jahren bestraft (§ 94); wird sie vor versammelter Mannschaft oder gegen den Befehl, unter das Gewehr zu treten, oder unter dem Gewehr begangen, so tritt Gefängnis oder Festungshaft bis zu 5 Jahren, im Felde nicht unter einem Jahre (§ 95 Abs. 1) und vor dem Feinde Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren, im schwersten Falle sogar Todesstrafe ein (§ 95 Abs. 2). Durch diese scharfen Strafbestimmungen des Gesetzes wird die Unterordnung des Untergebenen ausreichend gewährleistet. Mehr, als den Ungehorsam mit strenger Strafe bedrohen, kann der Gesetzgeber zur Verhütung der Insubordination nicht tun.

---

[1]) Graf Moltke a. a. O.

Insbesondere wird man den Gehorsam nicht dadurch befestigen, dass man den Kreis der Befehle, welchen zu gehorchen ist, erweitert. Oder soll man wirklich glauben, der Soldat werde schneller und pünktlicher gehorchen, wenn er weiss, dass er auch rechtswidrige Befehle befolgen muss, als wenn er nur rechtmässige auszuführen braucht? Eine Schädigung der Disziplin liegt bereits in der Erteilung eines rechtswidrigen Befehls; diese Schädigung wird aber nicht dadurch wieder gut gemacht, dass man den Untergebenen zur Ausführung des in seiner Widerrechtlichkeit erkannten Befehls zwingt.

Man könnte aber vielleicht einwenden, gerade dadurch, dass der Untergebene einen Unterschied machen muss zwischen rechtmässigen und rechtswidrigen Befehlen, werde die Schnelligkeit der Ausführung gefährdet.[1]) Dies wäre aber nicht zutreffend. Jene Unterscheidung verlangt doch keine besondere Überlegungszeit für die Entschliessung, ob der Befehl zu befolgen ist oder nicht. Vergegenwärtigen wir uns, wie der Vorgang sich im einzelnen abspielen kann, so haben wir vier Möglichkeiten zu unterscheiden.

In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle hält der Soldat, ohne irgendwie zweifelhaft zu sein, den Befehl für einen rechtmässigen; in diesem Falle ist er zu sofortigem Gehorsam verpflichtet, gleichgiltig, ob der Befehl wirklich rechtmässig ist, oder nicht.

Der entgegengesetzte Fall liegt vor, wenn der Untergebene auf den ersten Blick die Widerrechtlichkeit des ihm erteilten Befehls erkennt; alsdann ist er zur Verweigerung des Gehorsams verpflichtet. Von einer Verzögerung in der Ausführung des Befehls kann somit auch hier nicht die Rede sein.

Bedenklicher erscheint der dritte Fall, wenn nämlich der Untergebene im Zweifel ist, ob der Befehl eine straf-

[1]) Selbst van Calker ist dieser Ansicht; vgl. a. a. O. S. 106: „Ob aber die Möglichkeit einer schnelleren Durchführung aller Befehle, die unter der Geltung des Prinzips des absoluten Gehorsams tatsächlich vorhanden ist usw.“

bare Handlung bezweckt, oder nicht. Nach der klaren Fassung des § 47 M.-St.-G.-B. — und dies ist eine zweite Abweichung von der bürgerlichen Gehorsamspflicht — ist aber der Untergebene nur dann zur Verweigerung des Gehorsams berechtigt und verpflichtet, „wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl . . . ein Verbrechen . . . bezweckte". Im Falle eines Zweifels an der Rechtmässigkeit des Befehls hat er also zu gehorchen. In dieser Beziehung weichen mehrere neuere Militärstrafgesetzbücher vom deutschen ab, indem sie dem Falle des Wissens den des „Wissenmüssens" gleichstellen. So bestimmen die Militärstrafgesetzbücher für Norwegen, Dänemark und Russland[1]), dass der Untergebene sich nicht nur dann strafbar mache, wenn er die Widerrechtlichkeit des Befehls gekannt hat, sondern auch, wenn er sie hätte erkennen müssen. van Calker[2]) möchte, ohne jedoch Gründe anzuführen, den Zusatz „oder musste ihm nach Lage der Umstände bekannt sein" auch in unser Militärstrafgesetzbuch aufgenommen wissen. Dieser Vorschlag erscheint bedenklich. Soll der Soldat dem rechtmässigen Befehle gehorchen, dem rechtswidrigen aber nicht, so muss er allerdings eine Unterscheidung bezüglich der Rechtlichkeit der ihm erteilten Befehle vornehmen. Daraus folgt aber noch nicht, dass ihm eine solche Prüfung ausdrücklich zur Pflicht zu machen wäre, für deren fahrlässige Nichtbeobachtung er bestraft werden müsste. Für gewöhnlich wird dem Untergebenen, dem ein verbrecherischer Befehl erteilt wird, dies auffallen und ein Zweifel an der Widerrechtlichkeit der befohlenen Handlung nicht bestehen; in diesem Falle darf er bei Strafe nicht gehorchen. Wenn aber in einem Soldaten „des Gehorsams heilige Gewohnheit" so stark ist, dass er den erhaltenen Befehl, ohne den unlauteren Zweck desselben gewahr zu werden, mechanisch zur Ausführung bringt, so sollte er für das in die Rechtlichkeit seines Obern gesetzte Vertrauen und die daher unterlassene Prüfung

[1]) Siehe unten S. 42.

[2]) a. a. O. S. 116.

des Befehls nicht bestraft werden, wenn er auch bei gehöriger Aufmerksamkeit das Verbrecherische der Handlung hätte erkennen müssen. Andernfalls sähe sich der Untergebene im Falle eines Zweifels an der Rechtmässigkeit des Befehls in die misslichste Lage versetzt: wenn der Befehl ein rechtmässiger ist, nnd er nicht augenblicklich gehorcht, wird er wegen Ungehorsams bestraft; gehorcht er, hätte aber bei gründlicherer Prüfung die Widerrechtlichkeit des Befehls erkennen müssen, so droht ihm gleichfalls Strafe. Es ist ersichtlich, dass bei dieser Art, die Gehorsamspflicht zu beschränken, in der Tat begründete Bedenken gegen das Prinzip erhoben werden könnten. Mit Recht hat daher unser Militärstrafgesetzbuch die Aufnahme einer solchen Bestimmung vermieden.

Viertens endlich wäre es denkbar, dass der Untergebene in dem irrigen, aber festen Glauben, der ihm erteilte Befehl bezwecke eine strafbare Handlung, den Gehorsam verweigert. Eine Bestrafung könnte hier nicht erfolgen, da er sich zum Ungehorsam für verpflichtet hielt. Allein ein solcher Fall dürfte praktisch so selten vorkommen, bezw. vom Vorgesetzten so leicht zu vermeiden sein, dass er hier wohl ausser Betracht bleiben kann.

3. Absoluter Gehorsam und Staatswohlfahrt.

In dem Vorangegangenen glauben wir dargetan zu haben, dass die Disziplin im Heere und die rasche Ausführung der — rechtmässigen — Befehle durch die Geltung des Grundsatzes der beschränkten Gehorsamspflicht keine Einbusse erleiden. Daraus aber folgt, dass eine Notwendigkeit, von diesem im allgemeinen Strafrechte anerkannten Prinzip für das Militärrecht abzugehen, nicht besteht.

Nun entspricht es aber auch nicht den Tatsachen, wenn in den oben[1]) wiedergegebenen Stellen aus Hecker und Solms der Anschein erweckt wird, als hätte man einzig nur der Autorität des Strafgesetzes zu Liebe, dem § 47

[1]) Seite 26 f.

M.-St.-G.-B. seine gegenwärtige Gestalt gegeben. Es sind vielmehr ausserordentlich praktische Erwägungen, die zur Ablehnung des Grundsatzes der absoluten Gehorsamspflicht führen müssen. Dieses Prinzip verleiht dem Vorgesetzten eine Machtfülle, welche eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet. Wenn der Soldat verpflichtet ist, selbst rechtswidrige Befehle auszuführen, so ist der Vorgesetzte in der Lage, vermittelst seiner Untergebenen die schwersten Verbrechen wider die Gesamtheit wie gegen den Einzelnen zu begehen. Ist es nötig, erst auf das Beispiel eines Wallenstein hinzuweisen, um zu zeigen, wie gefährlich ein seinem Führer blind ergebenes Heer für seinen eigenen Staat werden kann? Unter der Herrschaft des Grundsatzes der absoluten Gehorsamspflicht muss der Soldat auf Befehl des Vorgesetzten gegen das eigne Vaterland die Waffen wenden und zum Hochverräter an seinem Landesherrn werden. Der Befehl entbindet ihn alsdann von seinen Pflichten gegen König und Vaterland. Mit Recht schreibt Binding:[1]) „Deckt der Befehl den Untergebenen auch dann, wenn dieser die Verbrecherischkeit der Handlung einsieht, so ist, wie die Extreme sich so oft berühren, die blindeste Unterwerfung unter die Disziplin zugleich die volle Anarchie des Rechts".

Es sind nur wenige Verfechter des Grundsatzes der unbedingten Gehorsamspflicht, die angesichts dieser ungeheuerlichen Konsequenzen des Prinzips die ausnahmslose Anerkennung desselben befürworten und in allzu optimistischer Auffassung „den so seltenen Fall einer Verleitung von Untergebenen zur Untreue durch ihre eigenen Vorgesetzten dem gesunden Takte der Mannschaft und der Gewalt der Umstände"[2]) überlassen wollen. Die gemässigte Richtung unter den Anhängern dieser Lehre dagegen verlangt selbst eine Abschwächung des Prinzips, nämlich eine Ausnahme zu Gunsten der Wahrung der militärischen Treue.

[1]) „Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher" 1877 S. 100.
[2]) Damianitsch a. a. O. S. 74.

So braucht schon nach v. Rudloff (a. a. O.) der Befehl dann nicht befolgt zu werden, „wenn er ganz offenbar den Interessen des Monarchen zuwiderläuft". Am deutlichsten ist dieser Standpunkt im § 58 des Entwurfs zum deutschen Militärstrafgesetzbuch zum Ausdruck gebracht.

In dieser Gestalt hat freilich das Prinzip von seiner ursprünglichen Gefährlichkeit viel verloren. Aber es ist doch erst die eine Hälfte der Gefahr, soweit nämlich der Staat und dessen Oberhaupt bedroht sind, nunmehr beseitigt. Die Möglichkeit einer Verletzung dritter Personen durch das Mittel der Untergebenen besteht für den Vorgesetzten nach wie vor. Wer schützt den Staat vor einem solchen Missbrauch der militärischen Befehlsgewalt? Lediglich das Pflichtbewusstsein des Vorgesetzten selbst und die Strafdrohung des Gesetzes. Wenn nun auch keineswegs verkannt werden soll, dass die Pflichttreue und das Ehrgefühl des deutschen Offiziers in der Regel vollkommen genügen werden, ihn vor einem Missbrauch seiner Dienstgewalt zu bewahren, so kann doch andererseits die Möglichkeit von Ausnahmen, so selten sie auch vorkommen mögen, nicht bestritten werden. „Es gibt, das ist nicht zu leugnen, mitunter auch unwürdige Offiziere".[1]) Es ist weiter zu bedenken, dass ja nicht nur Offiziere, sondern auch Unteroffiziere und Gemeine militärische Befehle zu erteilen haben. Es „kann der einfache Soldat Vorgesetzter werden, sobald der Dienst ihn dazu beruft. Jeder Wachtposten, jeder Gefreite, der eine Patrouille führt, hat Gehorsam zu fordern".[2]) Es ist klar, dass sich unter diesen Personen hin und wieder auch moralisch minderwertige Individuen befinden. „Wir haben es zum Teil auch mit ganz schlechten Subjekten zu tun. Wenn alles unter die Waffen tritt, so treten natürlich die schlechten Subjekte, die ja in jeder Nation vorhanden sind, auch unter die

[1]) Abgeordneter Ziegler in der 2. Lesung des Entwurfs zum M.-St.-G.-B., Sten. Berichte a. a. O. Bd. II S. 822.

[2]) Graf Moltke a. a. O. Bd. II S. 815.

Waffen. Wir sind ja genötigt, alles zu nehmen, jeden Mann, der in das dienstpflichtige Alter eingetreten, der gesund ist und so und so viel Zoll misst; den moralischen Zustand der Rekruten kann die Aushebungskommission nicht untersuchen."[1]) Aus diesen Gründen kann das Pflichtbewusstsein des Vorgesetzten allein nicht als ausreichende Bürgschaft gegen einen Missbrauch der militärischen Befehlsgewalt angesehen werden.

Was nun die gesetzliche Strafbestimmung gegen den Vorgesetzten, der seine Dienstgewalt dazu missbraucht, den Untergebenen zu einer strafbaren Handlung zu bestimmen, anlangt, so braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, dass noch nie eine Strafdrohung die ideale Wirkung gehabt hat, die Begehung der verbotenen Handlung gänzlich zu verhüten. Wenn gar der Täter noch die Möglichkeit hat oder zu haben glaubt, sich durch die Flucht der Strafe zu entziehen, oder die Spuren des Verbrechens zu verwischen — was besonders im Kriege leicht möglich sein dürfte — so versagt auch diese Garantie gegen die missbräuchliche Anwendung der Dienstgewalt völlig.

Nach alledem muss man zu der Überzeugung kommen, dass es nicht genügt, die durch Ausführung des Befehls begangene Rechtsverletzung nach geschehener Tat am Vorgesetzten zu strafen; man muss vielmehr schon die Begehung der strafbaren Handlung dadurch zu verhindern suchen, dass man den Untergebenen in einem solchen Falle von der Gehorsamspflicht entbindet und für die trotzdem ausgeführte Handlung auch ihn zur Verantwortung zieht.

Endlich kann es nicht im Interesse des Staates liegen, dass der Untergebene sich für ein „blindes Werkzeug" in der Hand des Vorgesetzten hält, so dass er trotz seines sich sträubenden Rechtsgefühls sogar dem offenbar verbrecherischen Befehle zu gehorchen gezwungen ist. Sollte dieses Bewusstsein nicht geeignet sein, die Freudigkeit und Hingebung, mit der der Soldat seine Pflichten erfüllen soll,

[1]) Graf Moltke ebendaselbst.

zu beeinträchtigen? „Der Untergebene, der bestraft worden ist, weil er einem Befehl zu einer von ihm als strafbar erkannten Handlung nicht Folge geleistet hat, muss sich entweder in seinem Gefühl für Recht empören, oder er muss in diesem Gefühl abgestumpft werden. Beides ist — auch für die militärischen Interessen — gleich schädlich.“[1])

Aus den angeführten Gründen ist es nur zu billigen, dass unser Militärstrafgesetzbuch das Prinzip der absoluten Gehorsamspflicht — auch in der abgeschwächten Form des Entwurfs — nicht aufgenommen hat. Doch ist das Gesetz in dieser Hinsicht nicht ganz konsequent geblieben. Nur, wenn dem Untergebenen bekannt ist, dass mit dem Befehl ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt wird, ist er zur Verweigerung des Gehorsams berechtigt und verpflichtet; verlangt der Befehl also die Begehung einer Übertretung, so muss er befolgt werden. Es ist diese Inkonsequenz des Gesetzes ein Beweis für die oben aufgestellte Behauptung, dass es dem Gesetzgeber nicht sowohl darauf ankam, einen Verstoss gegen die Autorität des Strafgesetzes zu vermeiden, als vielmehr darauf, dem Vorgesetzten nicht eine die allgemeine Sicherheit bedrohende Machtfülle einzuräumen. Denn bezüglich der Übertretungen ist in der Tat dieser Verstoss gegen die Grundlehren des Strafrechts begangen und zwar, wie man annehmen muss, eben deshalb, weil die Möglichkeit der Ausführung von Übertretungen seitens des Untergebenen auf Befehl des Vorgesetzten nicht gerade eine besorgniserregende Gefahr für den Staat darstellt. Obwohl letzteres nicht bestritten werden kann, erscheint doch diese Abweichung von dem im übrigen anerkannten Prinzipe des beschränkten Gehorsams als eine ungerechtfertigte Ausnahme von der Regel, und de lege feranda wäre zu wünschen, dass das Weigerungsrecht des Soldaten auch auf die nur eine Übertretung bezweckenden Befehle ausgedehnt würde.

[1]) van Calker a. a. O. S. 114.

Wenn die Achtung vor dem Gesetz höher stehen soll als die Achtung vor dem Vorgesetzten, so muss der Gehorsam dem Gesetze gegenüber auch da vorgehen, wo dieses sein Verbot nur mit der Strafdrohung der Übertretung bekräftigt.

§ 5. Anhang: Die militärische Gehorsamspflicht im Rechte der wichtigsten ausserdeutschen Staaten Europas.

Wenn wir zum Schluss noch einen Blick werfen auf die Regelung, die die Frage der militärischen Gehorsamspflicht in den Strafgesetzbüchern der übrigen Staaten Europas gefunden hat, so verdient als ältestes unter allen in Kraft befindlichen Militärstrafgesetzbüchern an erster Stelle genannt zu werden das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851. Dieses steht noch unverändert auf dem Standpunkte der Schweizerischen Kriegsartikel[1]) von der vollen Unverantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene widerrechtliche Handlungen. Art. 30 des Gesetzes lautet: „An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Oberen des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat, soll denselben verantworten.“ Auch der bundesrätliche Entwurf eines Militärstrafgesetzbuchs für die Schweizerische Eidgenossenschaft vom 30. Mai 1884 (der übrigens im Jahre 1887 wieder zurückgezogen wurde)[2]) spricht im wesentlichen denselben Grundsatz aus. I. Titel, Art. 18 No. 4 daselbst lautet: „Die in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Handlungen oder Unterlassungen werden nicht bestraft, wenn die strafbare

[1]) Oben S. 10.

[2]) Vgl. Teichmann in von Liszts Strafgesetzgebung der Gegenwart, I. Bd. S. 378.

Handlung auf bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis Bezug habenden Befehl eines militärischen Vorgesetzten stattgefunden hat.“ Noch weiter geht VII. Titel, Kriegsartikel XXVI, welcher besagt: „Jeder Untergebene oder unter militärischem Befehl Stehende ist straflos, wenn er im Kriege eine der durch die Kriegsartikel verbotenen Handlungen auf den ausdrücklichen Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten oder im Grade höher Stehenden begeht, und die Verantwortlichkeit dafür geht allein auf den befehlenden Oberen über.“ Gretener[1]) hat mit Nachdruck darauf hingewiesen, wie wenig diese Bestimmungen des Entwurfs den Anforderungen der Billigkeit und dem heutigen Stande der Gesetzgebung entsprechen; nach Art. XXVI insbesondere, in welchem auch das Erfordernis, dass der Befehl eine Dienstangelegenheit betreffen müsse, fallen gelassen sei, müsse ein Soldat straflos ausgehen, „sobald er im Kriege einen Unteroffizier auf Befehl bei einem gemeinen Verbrechen, wie Raub, Plünderung Schändung behilflich wäre“.[2])

Eine beschränkte Gehorsamspflicht dagegen finden wir im Österreichischen Militärstrafgesetzbuch vom 15. Januar 1855 aufgestellt, dessen § 158 bestimmt: „Die Nichtbefolgung eines Befehls kann dem Untergebenen als Subordinationsverletzung nicht zugerechnet werden, wenn a) der Befehl dem Dienste oder der dem Landesfürsten schuldigen Treue offenbar zuwider ist, b) wenn der Befehl eine Handlung oder Unterlassung zum Gegenstande hat, in welcher offenbar ein Verbrechen oder Vergehen zu erkennen ist.“ Über die Verantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene Handlungen enthält § 8 dieses Gesetzes den Grundsatz: „Der Befehl eines Vorgesetzten entschuldigt nicht von der Zurechnung eines Verbrechens oder Vergehens, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme festsetzt.“

[1]) a. a. O. S. 13 ff.

[2]) Ebenda S. 17.

Das Militärstrafgesetzbuch für Norwegen vom 23. März 1866 bestimmt im § 55: „Wenn ein Vorgesetzter im Hinblick auf das militärische Dienstverhältnis Befehl zu einer strafbaren Handlung gibt, so ist der Untergebene, welcher dieselbe ausführt, nicht dafür zu strafen, es sei denn, dass die Handlung irgend ein Verbrechen nach den allgemeinen Gesetzen bezweckte oder nach vorliegendem Gesetze: Verräterei, Fahnenflucht, Aufruhr, Meuterei, falsche Meldung oder eine andre falsche Angabe und er dabei wusste, oder klar musste einsehen können, dass ein solches Verbrechen damit bezweckt wurde.“

In derselben Weise regelt auch das Militärstrafgesetzbuch für Dänemark vom 7. Mai 1881[1]) die Verantwortlichkeit des Untergebenen für auf Befehl begangene Rechtsverletzungen, nur mit der Abweichung, dass es zwischen den einzelnen Arten von strafbaren Handlungen in dieser Beziehung keinen Unterschied macht. § 47 des Gesetzes lautet nämlich: „Gibt ein Vorgesetzter mit Rücksicht auf ein militärisches Dienstverhältnis den Befehl zu einer strafbaren Handlung, so ist der Untergebene für die Ausführung des Befehls nicht verantwortlich, es sei denn, dass ihm bekannt sein musste oder bekannt war, dass mit dem Befehle ein Verbrechen [im Sinne von »strafbare Handlung«] bezweckt wurde.“ .

Nach englischem Rechte ist der Soldat zur Verweigerung des Gehorsams berechtigt, wenn ein ihm erteilter Befehl in offenbarem und entschiedenem Widerspruche zu der bestehenden Rechtsordnung steht und eine nicht wieder gut zu machende Rechtsverletzung zur Folge haben würde.[2])

Das russische Militärstrafgesetzbuch endlich macht im Art. 69 die Untergebenen für einen ausgeführten Befehl

---

[1]) In deutscher Übersetzung in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 2 (1882) Beilage I.

[2]) Vgl. die in van Calker a. a. O. S. 89 abgedruckte Stelle aus Cochran, A handy text-book on military law.

verantwortlich, „wenn sie bei Ausführung desselben sehen mussten, dass er ihnen eine Verletzung des Diensteides oder die Begehung einer offenbar verbrecherischen Handlung vorschreibe.“ [1])

Die Militärstrafgesetzbücher von Frankreich, Italien und Schweden enthalten keine Bestimmungen über die Gehorsamspflicht.

---

[1]) Vgl. Gretener a. a. O. S. 15.

Lebenslauf.

Ich, Karl Heinrich Richard Kröll, Sohn des Rektors Ernst Kröll zu Breslau und seiner verstorbenen Ehefrau Wilhelmine geb. Limprecht, evangelischer Konfession, wurde am 17. Dezember 1878 zu Breslau geboren. Nach dreijähriger Vorbereitung auf der städtischen Volksschule besuchte ich das Königl. Matthiasgymnasium und von Unter-Tertia ab das Königl. Friedrichsgymnasium, welches ich Ostern 1898 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Breslau und hörte bei folgenden Herren Professoren und Dozenten:

Beling, Brie, Dahn, Fischer, Berthold Freudenthal, Gretener, Heimann, Jörs, Leonhard, Naendrup, Schott, Sombart, Wolf.

Am 9. November 1901 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung; am 21. November erfolgte meine Vereidigung als Referendar. Als solcher war ich zunächst am Amtsgericht in Ujest O/S. und seitdem in Breslau am Landgericht und bei der Staatsanwaltschaft tätig. Gegenwärtig bin ich bei der Rechtsanwaltschaft beschäftigt.

Allen meinen verehrten Lehrern fühle ich mich zu aufrichtigem Danke verpflichtet, insbesondere Herrn Professor Dr. Gretener für die gütige Förderung, die er mir bei Abfassung vorstehender Arbeit hat zuteil werden lassen.

Thesen.

1. Die Anstiftung Untergebener zu Übertretungen durch militärische Vorgesetzte ist nicht nach § 48 R.-St.-G.-B., sondern nach § 116 M.-St.-G.-B. strafbar.
2. § 52 Abs. 1 R.-St.-G.-B. ist de lege ferenda entbehrlich.
3. Der Klage aus dem Darlehen gegenüber trägt der Schuldner die Beweislast für seine Behauptung, es sei eine längere Kündigungsfrist als die gesetzliche vereinbart.
4. An Stelle eines durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossenen, aber nicht erbunwürdigen Abkömmlings erben dessen Abkömmlinge.